

REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW

**Internacionalização
do direito e pluralismo
jurídico:** limites de
cooperação no diálogo de
juízes

**Law globalization and
judicial pluralism:**
cooperation limits in the
magistrates dialogue

Carla Patrícia F. Nogueira Lopes

VOLUME 9 • N. 4 • 2012
NÚMERO ESPECIAL: INTERNACIONALIZAÇÃO DO DIREITO
SPECIAL ISSUE: INTERNATIONALIZATION OF LAW

Internacionalização do direito e pluralismo jurídico: limites de cooperação no diálogo de juízes*

Law globalization and judicial pluralism: cooperation limits in the magistrates dialogue

Carla Patrícia Frade Nogueira Lopes¹

Resumo

Este estudo analisa o movimento de internacionalização do direito focado na atuação judicial. Como ponto de partida, toma dois conhecidos modelos de estudo: a tese de um pluralismo ordenado, baseado nas nuvens de Delmas-Marty; e o processo de transconstitucionalismo concebido por Marcelo Neves, com fundamento nas pontes de transição. A pesquisa avalia a assimilação da internacionalização do direito pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, tendo como corte a liberdade de imprensa.

Palavras-chaves: Internacionalização do direito; Modelos; Pluralismo ordenado; Transconstitucionalismo; Jurisprudência do STF; Liberdade de imprensa.

Abstract

This study analyzes the Law's globalization movement focused on judicial action. As a starting point, it takes two known models of study: the thesis of ordained pluralism based on Delmas-Marty's clouds, and the process of transconstitutionalism designed by Marcelo Neves, based on bridges transition. The research evaluates the assimilation of the Law's globalization by the jurisprudence of the Brazilian Supreme Court, focused on press freedom.

Keywords: Globalization of Law; Legal Pluralism; Transconstitutionalism; Decisions by the Brazilian Supreme Court ; Press freedom

* Artigo recebido em 11/12/2012
Artigo aprovado em 25/01/2013

¹ UniCEUB/DF. Juíza de Direito/TJDFT. Professora do Instituto Avançado de Direito – IAD/DF e da Escola da Magistratura – ESMA/DF. Email: carla.ceub@gmail.com

1 Introdução

O presente estudo tem o objetivo de promover breve reflexão sobre os limites de cooperação possível entre instâncias judiciais no processo de internacionalização do Direito.

O ponto de partida para a análise aqui proposta é a fase por que vem passando a ordem mundial, consistente na transnacionalização. Nesse espectro, percebem-se nítidas rupturas de barreiras antes consideradas sólidas e consubstanciadas no Estado-nação, dirigido pelos princípios da soberania e da territorialidade.

A quebra desses modelos transporta consigo algumas responsabilidades, inclusive para o Estado como polo produtor de normatividade. Embora se considere para os propósitos deste trabalho que atualmente se proliferam várias outras agendas capazes de produção normativa, ainda se reconhece no Estado essa potencialidade. Entretanto, a atuação dos agentes públicos voltados à construção do Direito está a exigir alterações substanciais.

A primeira dessas mudanças diz respeito ao enfrentamento da existência de ordens policêntricas e multifacetadas, o que determina a adoção de posições múltiplas do Estado no dever de fazer o direito. Mais do que isso, esse atuar precisa ser informado por modelos permissivos de uma abertura antes desconhecida do processo produtivo. Assim, a esfera pública deve iniciar roteiro específico voltado à aproximação rumo aos mecanismos e agentes privados construtores do direito.

A seguir, impõe-se como outro desafio o conhecimento e reconhecimento de modelos que se vêm consolidando como propiciadores da internacionalização do Direito, com o escopo de aproximarem nações e povos antes definidos e que hoje dialogam e negociam entre si, com trocas de bens, serviços, produtos, tecnologias e informação. Para o Direito, estar à margem desse caminho significa demitir-se do papel de pelo menos um dos reguladores das relações sociais. Neste ensaio, sugerem-se como vias de acesso a essa nova gramática as formulações teóricas do pluralismo ordenado de Mireille Delmas-Marty² e do transconstitucionalismo de Marcelo Neves³.

Toma-se, ademais, como forma ideal de atuação estatal a posição de agente mediador, capaz de realizar uma forma de diálogo e interlocução entre as categorias do *ego* e do *alter*. Essa conduta, porém, não pode cingir-se à etapa cognitiva; é preciso avançar para alcançar o *reconhecimento* do outro, condição precípua da era da pós-modernidade.

Esse é um desafio de que não se podem furtar os juízes, hoje instados à troca de ideias e ideais, sob pena de absoluto anacronismo e perda de poder na elaboração normativa, com o risco, ainda, de se porem à deriva do mundo em evolução. Cuida-se da proposta de promoção de um diálogo entre juízes – expressão cuja popularidade é atribuída a Bruno Genevois, atuando em redes dinâmicas, distantes do processo hierárquico e verticalizado de criação jurídica. Ao contrário, a atuação judicial deve dar-se em harmonia com as novas vertentes do direito, da justiça e da democracia, todas as estruturas vetorizadas pelos direitos humanos. E estes, por sua vez, vistos como os elos de ligação entre os sistemas e, ao mesmo tempo, como as ferramentas utilizadas no rompimento dos obstáculos antigos impostos e opostos à (trans)formação do mundo piramidal em arena unificada por objetivos comuns. A toda evidência, não se pretende, aqui, ultrapassar os parâmetros traçados pela cultura ocidental.

Este ensaio volta-se à análise da atuação do Supremo Tribunal Federal no trato dos casos envolvendo *liberdade de imprensa*. A escolha do tema deve-se à sua ligação direta com os conceitos hoje aceitos em torno do direito, justiça e democracia. Como se demonstrará, a Corte Constitucional brasileira encontra-se a certa distância⁴ do que aqui se preconiza como sendo um caminho sem volta.

É o que se passa a fazer.

⁴ Nesta obra, pode-se encontrar posição aparentemente contrária; ver PEREIRA, Ruitemberg Nunes, na introdução de seu trabalho intitulado “Interações Transjudiciais e Transjudicialismo. Sobre a linguagem irônica no direito internacional”. O autor sustenta que “[...] em todo o ocidente as cortes judiciais têm interagido cada vez mais umas com as outras, o que se constata pelo próprio fato de que precedentes judiciais internacionais são cada vez mais utilizados pelas cortes de outros países na fundamentação de suas decisões judiciais”. Tentaremos mostrar no item 4 deste trabalho que esse fenômeno não é perceptível no âmbito do Supremo Tribunal Federal; para tanto, o corte metodológico será a breve abordagem em torno de casos envolvendo liberdade de imprensa.

² DELMAS-MARTY, Mireille. *Les forces imaginantes du droit II: le pluralisme ordonné*. Paris: Seuil, 2006.

³ NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: M. Fontes, 2009.

2 A internacionalização do direito como processo de uma nova ordem mundial

A ordem jurídica produzida com base na unidade centralizadora do Estado-nação e nos postulados da soberania e da territorialidade está, no mínimo, em fase de mitigação para não dizer de extinção. Nesse contexto, sob o viés de um mundo globalizado ou transnacionalizado, as relações sociais nos mais diversos segmentos operacionalizam-se de forma diferenciada em face do quanto ocorria até meados do século passado. A regulação desse fato social e de todas as suas lógicas consequências vem-se dando pela ótica do mercado em substituição à política, impondo-se ao Direito papéis distintos daqueles até então desempenhados.

Esse fenômeno evolutivo tem repercussão na produção do Direito, sobretudo no que concerne ao processo de criação judicial. Para tanto, estabelece-se como matiz a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, por sua feição assumida de Corte Constitucional; mais particularmente, a exploração do tema faz-se por intermédio de um conjunto de julgados destinados à apreciação em torno da liberdade de imprensa. A escolha desse tópico tem por base sua ligação imediata com a democracia⁵, o direito e a justiça⁶, pilares de sustentação da metodologia dialógica estabelecida como ferramenta necessária ao delineamento da internacionalização do Direito como pressuposto de sua sobrevivência.

Pretende-se demonstrar o distanciamento ainda verificável na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal brasileiro em relação aos modelos forjados para dar sustentação a esse fenômeno de internacionalização do Direito, que são limitados para os fins do presente trabalho ao pluralismo ordenado e à metodologia transconstitucional, ambos pautados no reconhecimento do outro (*alter*), movimento que em muito transcende o propósito cognitivo.⁷ É nessa seara que se estabelece, sobretudo, o anacronismo dos julgamentos realizados pela Corte bra-

sileira em relação ao necessário intercâmbio entre juízes com “consideração permanente da alteridade”⁸. Essa postura culmina em verdadeiro isolamento da ordem jurídica local, escamoteado, entretanto, por ilustrações de casos concretos apreciados por tribunais estrangeiros ou internacionais.

A nova configuração do mundo estabelece uma ruptura radical com o modelo hierarquizado do Direito, exigindo-lhe adaptação constante à estrutura estabelecida não mais de forma verticalizada, mas em linhas horizontais próprias dos fenômenos de desconcentração, descentralização e fragmentação do poder⁹. Essa a síntese da paisagem identificada neste estudo como ordem mundial transnacionalizada, que está a desafiar o Direito a tomar feições distintas dos modelos até então vigentes. Nessa linha de conduta, apresenta-se a sua internacionalização, produto resultante do rompimento das mais diversas barreiras, como processo ainda em construção e, ao mesmo tempo, sedimentação,¹⁰ a exemplo do que se pode esperar de qualquer fenômeno revolucionário voltado à alteração de comportamentos ante a exaustão e o exaurimento dos modelos existentes.¹¹

A sociedade atualmente depara-se com o dilema de ultrapassar estágios estabilizados sobre os pilares da constitucionalização, legalidade, hierarquia e segurança jurídica, estruturas incompatíveis e ineficazes para solução dos conflitos surgidos da era globalizada, representada por uma arquitetura “cada vez mais multifacetada e policêntrica”¹². Assim é que regulação e normatividade das relações sociais passam a ser encetadas por instâncias as mais diversas, significando que os polos centrais de produção do Direito estão agora difusamente distribuídos, além de se verificar, nessa mesma linha de raciocínio,

⁵ SILVA, Alexandre Assunção e. *Liberdade de expressão e crimes de opinião*. São Paulo: Atlas, 2012. p. 90; SEN, Amartya. *A ideia de justiça*. Tradução Denise Bottmann; Ricardo Doninelli. São Paulo: Companhia das Letras, 2011. p. 358.

⁶ RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. Tradução Jussara Simões; Alvaro de Vita (Rev. tec.). 3. ed. São Paulo: M. Fontes, 2008. p. 8.

⁷ Um aprofundamento dessa abordagem, que não encontra espaço na presente investigação, pode ser feito pela leitura de Kelsen (2008) sobre Platão.

⁸ NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: M. Fontes, 2009. p. 272.

⁹ FARIA, José Eduardo. *O direito na economia globalizada*. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 7.

¹⁰ Sob esse aspecto, em 2000, Faria (p. 10) mencionava que essas mudanças estavam “em fase de ocorrência e desenvolvimento”; passados pouco mais de dez anos, percebe-se ainda o mesmo movimento evolutivo.

¹¹ A propósito do tema, ver nesta obra a contribuição de BUANI, sobretudo na conclusão de seu texto intitulado “A justiça de transição: ápice da internacionalização do direito?”. A autora identifica a internacionalização do Direito como um movimento capaz de colocar em risco o conceito de ordenamento jurídico.

¹² FARIA, José Eduardo. *O direito na economia globalizada*. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 15.

uma pluralidade de ordens normativas que se comunicam, interpenetrando-se de forma linear¹³ ou transversal, mas de maneira permanente e autônoma entre si.¹⁴

Esse cenário característico de uma nova feição da economia, libertada dos limites da territorialidade, exige outras formas de produção jurídica, desatreladas do Estado e da política como instâncias máximas e usuais de tomada de decisões. O mercado e os setores privados de acumulação de capital passam a atrair autoridade antes centrada no setor público de governança e de gestão política. Paralelamente a esse fenômeno, destaca-se a realidade visível de que a inflação legislativa e o poder fiscalizador não atendem às expectativas da sociedade emergente do movimento transnacional e globalizante.

Impõe-se uma drástica redução de diplomas legais e sua correspondente flexibilização e agilidade, de modo a restringir o poder interventivo do Estado-nação e propiciar seja compartilhada a legitimação dos entes produtores do Direito, que não mais se cingem ao espectro público, ao lado de extrapolar o nível nacional. As fontes produtoras de Direito proliferam-se e se voltam a cultivar o seu caráter instrumental e procedimental. Isso significa diminuir seu papel de elemento de controle para ampliar sua função agregadora, catalisadora e de coordenação.

A dinâmica que vem de ser traçada guarda harmonia com os modelos considerados metafísicos instaurados pelo Direito Internacional e pelo pluralismo jurídico, quase ignorados pelo sistema vigente sob a égide do Estado-nação, seja pela baixa densidade coercitiva, com poucas categorias dotadas de *compliance* e *enforcement* daquele, seja pela estrutura disfuncional e multiforme deste último no âmbito dogmático¹⁵.

Nesse cenário, interessante anotar que a possibilidade de edificação do Direito na sociedade policêntrica e multifacetada, com interlocução constante da identidade com a alteridade, não prescinde de mecanismos de composição, colaboração e cooperação, muito mais do que de instrumentos de imposição e reforço da hierarquia. Qualquer movimento de resistência a essa realidade, com adoção de estratégias contrárias, levará à porosidade irreversível do Direito e, quem sabe, a seu aniquilamento como modelo estruturante. Aí entra a contribuição do Direito Internacional, inserindo na esfera da(s) ordem(ns) jurídica(s) a faceta da multilateralidade, produto de vontades concertadas em prol de interesses e escopos comuns. Isso não quer significar ausência de conflitos e embates, mas, apenas, que a produção normativa deixa de ser um processo estático, dominador e vertical, para condensar-se em um procedimento dinâmico (portanto, inacabado), reflexivo e horizontalizado. Importante que se diga que esse novo *facere* pode ser percebido já na iniciativa parlamentar, projetando-se para o momento de consecução no âmbito da administração pública e com repercussão na atividade jurisdicional.

De outro lado, mas na mesma medida, tem-se a adoção do modelo pluralista de produção normativa, traduzida pela fórmula dos “vários espaços jurídicos misturados”.¹⁶ Essa faceta plural do Direito nos dias de hoje está marcada pelo signo da interlocução, não havendo espaço para o isolamento e tampouco para o imperialismo, o que determina não só a pulverização de instâncias de poder como também um constante cruzamento de produtos normativos.

Essas novas fontes produtoras de direito estão a exigir alterações substanciais na formatação não só dos próprios criadores de normatividade jurídica, como também dos aplicadores nos casos concretos, como é o caso do Judiciário. O Brasil, atualmente, está enfrentando desafio específico nesse sentido, diante da incumbência de realizar a copa do mundo de futebol no país em 2014, haja vista as exigências prementes de edição e alteração de sua

¹³ DELMAS-MARTY, Mireille. *Les forces imaginantes du droit II: le pluralisme ordonné*. Paris: Seuil, 2006.

¹⁴ Nesse ponto discordamos de Faria, que visualiza como uma das consequências de todo esse fenômeno “a erosão do *monismo jurídico*” numa contraposição ao que o próprio autor nomina de “*pluralismo normativo*”. Para os fins deste trabalho, os conceitos não se opõem, já que o conjunto de todas as ordens normativas que se vão elaborando pode ser tomado como direito único, sistema singular que se apropria de contribuições as mais diversas para ganhar unidade, ou deve ser abandonada a ideia mesma da internacionalização do Direito, proposta inicial deste trabalho. NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

¹⁵ FARIA, José Eduardo. *O direito na economia globalizada*. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 150.

¹⁶ FARIA, José Eduardo. *O direito na economia globalizada*. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 155.

legislação vigente,¹⁷ sob pena de se ver na contingência de não poder realizar o evento esportivo. Proliferam-se os organismos de elaboração das normas jurídicas a vigorem pelo menos no mês em que se dará a copa do mundo, impondo-se ao país lidar com as investidas dos mais diversos níveis de produção normativa, desapegando-se do conceito clássico de soberania.

Ocorre que o Estado, na era globalizada, é cada vez mais instado a enfrentar decisões não alcançadas por “sua jurisdição funcional”.¹⁸ Assim é que sua estrutura organizacional acaba por ser atingida por toda uma gama dos mais variados interesses privados ora contrapostos, ora aliados ou justapostos a interesses públicos, fenômeno que vem ensejando alianças inesperadas entre entes estatais e organizações empresariais de nível internacional. Não é por outra razão que se vem apontando o papel *mediador* a ser exercido por todos os atores envolvidos na criação e/ou aplicação do direito; trata-se de função atribuída a todas as instâncias produtivas, aí incluídos os juízes.

Esses agentes do Estado, ao atuarem nos limites dos processos sob sua apreciação, precisam estar imbuídos do espírito de uma nova gestão do direito, da justiça e da democracia. Para tanto, é preciso extrapolar os limites territoriais das fontes de produção normativa, de maneira a possibilitar o intercâmbio dos espaços jurídicos criados sob o primado da transnacionalização. Esse o desafio dos atores atuantes nas diversas arenas jurisdicionais, e as brasileiras, inclusive a Corte com o papel de exercício da jurisdição constitucional – como se verá – ainda estão longe de exercerem, na plenitude, essa função. Os riscos decorrentes dessa inércia são grandes, como também será demonstrado.

3 Breve abordagem de alguns modelos de produção do direito nesse ambiente: pluralismo ordenado e transconstitucionalismo

No atual estágio civilizatório, em que já se enfrentam as consequências advindas da ruptura de barreiras impostas pelos marcos limitadores da soberania e do território fixo, sugerem-se modelos diversificados de produção do Direito, o que se pretende para além da função do conhecimento, atingindo-se o caráter normativo (comportamental). Assim é que a base dessas propostas tende a ser a aceitação do pluralismo jurídico como fonte inarredável de solução dos conflitos, ora visualizando-se a possibilidade de aproximação de ordens diversas, com rompimento do sistema hierarquizado¹⁹, ora com a criação de pontes de transição pela via do modelo transversal e para além da era constitucional.²⁰

Neste tópico, serão analisadas as propostas de um pluralismo equilibrado, concebido por Delmas-Marty²¹ a partir da metáfora das nuvens ordenadas, com o traço de mudanças constantes, mas em permanente integração, além da gramática transconstitucionalista sugerida por Neves²², voltada a descortinar o entrelaçamento simultâneo de ordens jurídicas existentes em diferentes planos, quando a discussão gira em torno de temas coincidentes e com índole constitucional. Aqui serão avaliadas as ideias centrais desses dois modelos, ao lado de se tentar traçar um paralelo dessas propostas: em Delmas-Marty, será feita apreciação das categorias relacionadas à interação de ordens normativas. Em Neves, a abordagem será realizada com base na leitura de um sistema jurídico mundial de múltiplos níveis e sua interface com o modelo transconstitucional elaborado pelo autor.

As fontes basilares serão as obras mencionadas dos autores citados e os contrapontos possíveis nos lindes deste trabalho. Para tanto, será tomada, principal, mas não exclusivamente, a formulação desconstrutivista (ou desconstrucionista) de Derrida²³.

¹⁷ Em 14 de setembro, o Governo enviou ao Congresso Nacional projeto de lei que dispõe sobre as medidas relativas à Copa das Confederações FIFA 2013 e à Copa do Mundo FIFA 2014, que serão realizadas no Brasil. O projeto encontra-se (março de 2012) na Câmara dos Deputados, com relatoria do Deputado Vicente Cândido, do Partido dos Trabalhadores de São Paulo. Trata-se do Projeto de Lei n. 2.330/2011. O ponto mais polêmico diz respeito à venda de bebidas alcoólicas nos estádios de futebol, o que é proibido pela legislação brasileira, por meio de seu Estatuto do Torcedor (Lei n. 10.671/2003), mas se cuida de exigência da FIFA e da comunidade internacional como condição para que se realize o evento no país em 2014.

¹⁸ FARIA, José Eduardo. *O direito na economia globalizada*. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 213.

¹⁹ DELMAS-MARTY, Mireille. *Les forces imaginantes du droit II: le pluralisme ordonné*. Paris: Seuil, 2006.

²⁰ NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: M. Fontes, 2009.

²¹ DELMAS-MARTY, Mireille. *Les forces imaginantes du droit II: le pluralisme ordonné*. Paris: Seuil, 2006.

²² NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: M. Fontes, 2009.

²³ DERRIDA, Jacques. *Força de lei*. Tradução Leyla Perrone-Moisés. São Paulo: M. Fontes, 2010.

Na proposta de um pluralismo ordenado, Delmas-Marty não se furta de reconhecer que, no início do século 21, a paisagem jurídica é marcada pelos domínios da imprecisão, incerteza e instabilidade, acrescentando, de forma ostensivamente provocativa, que é também esse cenário visto como difuso, doce e suave.²⁴ Nesse sentido, de plano, a proposta revela-se imbuída de elevado otimismo quase ingênuo, mas aceitável à medida que, primeiro, tem por pretensão traçar o ideal de um *devenir* e, a seguir, porque, de acordo com a arquitetura de *nuvens ordenadas*, traça um panorama paritário com a realidade de uma diversidade de sistemas normativos alinháveis de forma integrada e sem pretensão hegemônica. Ambos os escopos trazem como fio condutor a observância dos direitos humanos.

O modelo do pluralismo ordenado, tendo por suporte o respeito aos direitos do homem, parte de premissa singular, qual seja, o reconhecimento de que seus desafios estão atrelados a conceitos vagos, indeterminados, fluidos. Essa constatação traz em si outro desafio: o de apontar solução minimamente concebível, o que se faz, no caso, por intermédio da sugestão em torno de um campo de interpretação concedido aos juízes quando da necessária aplicação desses conceitos. O mesmo raciocínio é utilizado em favor dos Estados no momento da integração dos valores contidos nas normas internacionais de direitos humanos a seu direito interno, o que se faz pela cláusula da “margem nacional de apreciação”.²⁵

Uma leitura apressada e superficial da proposta aqui mencionada poderá levar à falsa ideia de que se pretende sugerir a unificação do Direito em nível regional ou até mundial; nem mesmo o estudo de Delmas-Marty com ênfase na União Europeia tem essa expectativa. Cuida-se – isso sim – de reconhecer a pluralidade com potencial poder de integração, desde que atualizado o conceito de soberania e aplicado o Direito de maneira aberta, compatível com o rompimento de barreiras antes sediadas no ideário do Estado-nação limitado pela estrutura territorial.

Pode-se indagar acerca da forma pela qual é possível interagir ordens diversas; a obra de Delmas-Marty aborda o que a autora nomina de processos de interação, com base na premissa de que o isolamento é impossível.²⁶ Assim é que a autora sugere mecanismos próprios substanciados na coordenação por entrecruzamento²⁷, harmonização por aproximação²⁸ e unificação por hibridação²⁹.

A fórmula da coordenação por entrecruzamento baliza-se em contribuições informais e recíprocas entre juízes, visando, pelo menos, à minimização de eventuais conflitos jurisprudenciais. Não há possibilidade, contudo, de extirpar do sistema jurídico todo e qualquer conflito, sobretudo nas hipóteses de colisões extremadas. Tem, porém, o condão de promover movimento sincronizado, embora incapaz de ensejar coerência plena e coesa do aparato normativo, comparecendo somente como procedimento apto a preparar a transição do sistema normativo.³⁰ Como se verá no item 4 deste estudo, o Supremo Tribunal Federal brasileiro ainda não se insere nessa perspectiva de coordenação internormativa.

No que concerne ao processo de harmonização por aproximação, há também aí inerente um propósito cooperativo, mas sem pretensão unificadora, visto que é factível em situações em que a uniformização apresenta-se inviável. Exemplos claros são hipóteses em que a diversidade está instaurada e, portanto, repelem qualquer opção pelo isolamento ou pela estratificação codificada. Trata-se de modelo baseado em relações verticais, mas instaurador do que Delmas-Marty chama de “hierarquias emaranhadas”³¹; essa categoria traduz-se por um movimento tanto ascendente do direito interno em direção ao direito supranacional, quanto descendente de retorno ao direito interno. De forma muito simplificada, mas ilus-

²⁶ DELMAS-MARTY, Mireille. *Les forces imaginantes du droit II: le pluralisme ordonné*. Paris: Seuil, 2006. p. 40-41.

²⁷ DELMAS-MARTY, Mireille. *Les forces imaginantes du droit II: le pluralisme ordonné*. Paris: Seuil, 2006. p. 39-68.

²⁸ DELMAS-MARTY, Mireille. *Les forces imaginantes du droit II: le pluralisme ordonné*. Paris: Seuil, 2006. p. 69-100.

²⁹ DELMAS-MARTY, Mireille. *Les forces imaginantes du droit II: le pluralisme ordonné*. Paris: Seuil, 2006. p. 101-137.

³⁰ A autora diz textualmente que “[...] poderíamos dizer que a coordenação prepara a transição aclimatando os diferentes conjuntos jurídicos à internormatividade”. DELMAS-MARTY, Mireille. *Les forces imaginantes du droit II: le pluralisme ordonné*. Paris: Seuil, 2006. p. 68. Tradução nossa.

³¹ DELMAS-MARTY, Mireille. *Les forces imaginantes du droit II: le pluralisme ordonné*. Paris: Seuil, 2006. p. 72.

²⁴ Percebe-se, facilmente, que os adjetivos utilizados pela autora têm a finalidade de aproximar o leitor da imagem por ela concebida em torno de *nuvens*. DELMAS-MARTY, Mireille. *Les forces imaginantes du droit II: le pluralisme ordonné*. Paris: Seuil, 2006. p. 7.

²⁵ DELMAS-MARTY, Mireille. *Les forces imaginantes du droit II: le pluralisme ordonné*. Paris: Seuil, 2006. p. 82-88.

trativa, poderíamos dizer que se cuida de um ir e vir, um vai-e-vem normativo, propenso à harmonia entre instâncias criadoras do Direito. Faceta importante do processo de harmonização é sua vocação para a salvaguarda dos direitos humanos, com vistas à sua máxima efetividade em regimes diferentes.

Há ainda um terceiro procedimento de interação, que se bifurca em modalidades diversas, ou seja, a unificação por transplantação³² e por hibridação³³. Significa a primeira espécie de modelo a transferência pura e simples do regime jurídico de um país para outro, em situação de absoluta verticalização ordenada e primazia de uma ordem sobre a outra, revelando-se por intermédio de forças imperialistas, estáticas, soberanas e hegemônicas. No sistema por hibridação, visualiza-se um mínimo de mutualismo ante a tendência de alteração do direito nacional como mote de adequação da dogmática de outro Estado. Sob esse aspecto, Delmas-Marty³⁴ cita o exemplo do Estatuto da Criança e do Adolescente brasileiro que, pautado em vetores internacionais, é frequentemente utilizado na América Latina quando dos processos de reforma legislativa na matéria.

Toda essa análise não pode estar dissociada do fato incontestável de que o prestígio do reconhecimento e proteção dos direitos humanos é realidade necessária e diretamente relacionada às diferenças oriundas dos valores culturais próprios festejados internamente. Isso nos remete à importância da margem nacional de apreciação³⁵ antes mencionada como mecanismo propiciador de interação de ordens normativas sem perda de identidades essenciais respeitantes às esferas de liberdade individual e comunitárias. Trata-se, pois, de instrumento vital para o fomento do respeito à(s) diversidade(s), ao pluralismo, sem perder de vista a perspectiva integracionista do Direito.

Também com o propósito de harmonizar ordens jurídicas vigentes no espaço e no tempo, é a formulação teórica de Neves³⁶ em torno do transconstitucionalismo, voltando-se o pensador à ideia de acomodação como contraponto à imposição, e isso realizado por intermédio do diálogo.³⁷ Nesse contexto, Neves aborda a hipótese de análises e decisões concomitantes acerca de temas com índole constitucional e que não precisam, necessariamente, ter *status* diferenciados, com sobreposição, apontando o autor para a figura da transversalidade como forma de interação entre ordens jurídicas diferenciadas.³⁸

³⁶ NEVES, Marcelo. *Revista Conjur*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2009-jul-12/fimde-entrevista-marcelo-neves-professor-conselheiro-cnj>>. Acesso em: 15 abr. 2012

³⁷ Em entrevista à *Revista Conjur*, Neves assim se posicionou em 2009: “É necessária a constante adequação recíproca e o diálogo, no lugar de tentar impor uma ordem sobre a outra”. NEVES, Marcelo. *Revista Conjur*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2009-jul-12/fimde-entrevista-marcelo-neves-professor-conselheiro-cnj>>. Acesso em: 15 abr. 2012

³⁸ Na mesma entrevista noticiada na nota acima, Neves procura definir sua proposta em torno do transconstitucionalismo: “Em poucas palavras, o transconstitucionalismo é o entrelaçamento de ordens jurídicas diversas, tanto estatais como transnacionais, internacionais e supranacionais, em torno dos mesmos problemas de natureza constitucional. Ou seja, problemas de direitos fundamentais e limitação de poder que são discutidos ao mesmo tempo por tribunais de ordens diversas. Por exemplo, o comércio de pneus usados, que envolve questões ambientais e de liberdade econômica. Essas questões são discutidas ao mesmo tempo pela Organização Mundial do Comércio, pelo Mercosul e pelo Supremo Tribunal Federal no Brasil. O fato de a mesma questão de natureza constitucional ser enfrentada concomitantemente por diversas ordens leva ao que eu chamei de transconstitucionalismo.” E arremata com o famoso caso envolvendo a imprensa e a Princesa Caroline de Mônaco, para reforçar a tese da **contribuição recíproca**: “Por exemplo, o caso de Caroline de Mônaco contra a Alemanha. O Tribunal Constitucional Alemão afirmou que figuras proeminentes, diante da imprensa, não têm a mesma garantia de intimidade que o cidadão comum. A corte constitucional alemã decidiu que as fotos tiradas de Caroline de Mônaco por paparazzi, mesmo na esfera privada, não poderiam ser proibidas. Vetou apenas aquelas que atingiam os filhos dela, porque eram menores. O caso chegou ao Tribunal Europeu de Direitos Humanos, e o tribunal decidiu o contrário: não há liberdade de imprensa que atinja a intimidade da princesa, mesmo sendo ela uma figura pública. Neste caso, não há uma hierarquia entre os dois tribunais, mas o mesmo caso é tratado de maneira diversa. Como é que podemos, então, resolver essa questão se não houver uma pretensão de diálogo, de aprendizado recíproco? Ou seja, é preciso haver uma constante adequação recíproca e não a imposição de uma ordem sobre a outra.” NEVES, Marcelo. *Revista Conjur*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2009-jul-12/fimde-entrevista-marcelo-neves-professor-conselheiro-cnj>>. Acesso em: 15 abr. 2012.

³² DELMAS-MARTY, Mireille. *Les forces imaginantes du droit II: le pluralisme ordonné*. Paris: Seuil, 2006. p. 103-108.

³³ DELMAS-MARTY, Mireille. *Les forces imaginantes du droit II: le pluralisme ordonné*. Paris: Seuil, 2006. p. 108-112.

³⁴ DELMAS-MARTY, Mireille. *Les forces imaginantes du droit II: le pluralisme ordonné*. Paris: Seuil, 2006. p. 111.

³⁵ A propósito, Delmas-Marty explicita: “Bem compreendida, a noção de margem nacional é sem dúvida o melhor modo de evitar a simples justaposição de diferenças e de permitir, por ajustes e reajustes, uma reconciliação de práticas, sua ‘compatibilidade’ progressiva”. DELMAS-MARTY, Mireille. *Les forces imaginantes du droit II: le pluralisme ordonné*. Paris: Seuil, 2006. p. 88, tradução nossa.

Tem-se na tese elaborada por Neves o enfrentamento de uma realidade consubstanciada no confronto de ordens jurídicas diferentes, residentes nas mais diversas esferas, quais sejam, local, nacional, regional, supranacional, global. Orienta-se a pesquisa para uma racionalidade específica, de caráter transversal viabilizadora do método dialógico, excludente de qualquer tentativa imperialista e expropriatória do saber próprio e alheio.

Ao traçar o esboço de sua metodologia, Neves³⁹ inspira-se no marco teórico de Niklas Luhmann no que tange ao conceito de “dupla contingência”, esclarecedor do movimento possível de observação entre *ego* e *alter* no processo interativo. Interessante, sob esse aspecto, a advertência do autor⁴⁰ quanto à possibilidade de integração não só entre pessoas, por meio desse procedimento metodológico, mas também entre sistemas sociais, objeto de nossa investigação nos lindes deste trabalho. Assim é que não visualizamos na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, ao tratar do tema da liberdade de pensamento, essa potencial capacidade de observação recíproca, núcleo do processo de diálogo, senão meras referências, às vezes descontextualizadas, a julgados de países outros, sem qualquer indício de integração, como se verá mais à frente, na apreciação dos julgados selecionados.⁴¹

Ainda nesse cenário, resta estabelecido por Neves que as categorias do *ego* e do *alter* podem abranger não só o Direito como sistema integral, mas também seus organismos e ordens jurídicas, “sobretudo entre os seus tribunais”, como ressalta o autor⁴². Importante, nessa seara, é a disponibilidade e aptidão dos sistemas sociais de saber

lidar com o imponderável, as situações estabelecidas à margem e de forma contrária à sua previsão; para tanto, Neves⁴³ vale-se, uma vez mais, das lições de Luhmann, que trouxe à tona os “graus de liberdade”, cuja essência fazemos aproximar aqui da estrutura de Delmas-Marty em torno da “margem nacional de apreciação”⁴⁴ já antes apreciada.

Nessa perspectiva, a metodologia do transconstitucionalismo avança na proposta ao sugerir a adoção da política do reconhecimento entre ordens jurídicas, aí incluídos os tribunais, como pressuposto para o processo de interação e, portanto, internacionalização do Direito, fixando como condição inarredável o respeito à liberdade do outro. Ocorre que na convivência entre os sistemas e como uma das decorrências da cláusula da “dupla contingência” costumam operar-se a confiança e a desconfiança; na hipótese de ausência de reconhecimento, a desconfiança ganha terreno propício ao impedimento do processo integracionista e interativo, frustrando qualquer projeto de internacionalização do Direito.

Neves aponta para a circunstância de que o transconstitucionalismo não esteja baseado em método concentrado em uma “identidade cega”⁴⁵, uma vez que a premissa da integração e harmonização é o enfrentamento de questões comuns, no campo do Direito com caráter constitucional, o que leva à conclusão de que a falta de predisposição para o outro ensejará anulações recíprocas.⁴⁶ Como consequência lógica dessas premissas, é preciso considerar que a construção de uma identidade constitucional não prescinde do (re)conhecimento da alteridade. Esse caminho, a propósito, não se limita à ótica cognitiva, mas está a exigir recepção sob o prisma normativo de outras ordens extraídas dos casos concretos.

³⁹ NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: M. Fontes, 2009. p. 270-277.

⁴⁰ NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: M. Fontes, 2009. p. 270.

⁴¹ Ver, nesta obra, PEREIRA, no texto mencionado na nota 2. O autor visita, de forma breve, mas completa, a classificação elaborada pela doutrina internacional das interações judiciais; identificamos a atuação do Supremo Tribunal Federal, no que diz respeito aos casos relacionados à liberdade de imprensa, com a forma nominada “monólogos”, tendo como critério de classificação o grau de envolvimento recíproco. Sintetiza o autor: “[...] refere-se à grande maioria das comunicações transjudiciais, uma vez que as Cortes não se apresentam como participantes de um processo institucionalizado de conversação transnacional. O que se verifica, em verdade, é apenas um uso doméstico (ou, mais raramente, no âmbito das Cortes supranacionais) do precedente judicial internacional, em relação de horizontalidade (comunicação horizontal)”.

⁴² NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: M. Fontes, 2009. p. 270.

⁴³ NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: M. Fontes, 2009. p. 270-271.

⁴⁴ DELMAS-MARTY, Mireille. *Les forces imaginantes du droit II: le pluralisme ordonné*. Paris: Seuil, 2006. p. 82-88.

⁴⁵ NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: M. Fontes, 2009. p. 272.

⁴⁶ Merece registro esta análise de Neves: “Ordens jurídicas isoladas são evidentemente levadas, especialmente mediante os seus tribunais supremos ou constitucionais, a considerar em primeiro plano diante os seus tribunais supremos, a considerar em primeiro plano a sua identidade, pois, caso contrário, diluem-se como ordem sem diferença de seu ambiente”. (Gritos nossos).

É nesse patamar que Neves chega a tecer crítica ao que nomina de “modelo inocente de pura convergência”.⁴⁷

Outro dado importante – e nem de longe superado pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal – é a constatação da inaplicabilidade, ou no mínimo da ineficiência, do modelo da ponderação consoante preconizado por Alexy⁴⁸. Para a efetiva implementação do fenômeno do transconstitucionalismo, não se pode inicialmente ter em conta que eventual colisão aparecerá necessariamente entre princípios. Os limites de aplicação dos princípios encontram-se intrínsecos em seu próprio conteúdo, e o grande exemplo está sediado na liberdade, pela máxima intuitiva e natural de que a liberdade de alguém termina quando começa a do outro. Mais do que isso, a formulação encetada por Alexy⁴⁹ tem por núcleo a adoção de uma ordem jurídica específica, no mais das vezes pertencente aos detentores de maior poder, o que não se compraz com a concepção transconstitucionalista, que prevê a imprescindibilidade de fluxos comunicativos entre ordens paritárias e disponíveis ao (re)conhecimento mútuo de *ego* e *alter*.⁵⁰

A metodologia proposta sob a roupagem do transconstitucionalismo comparece como uma alternativa às ideias de modelos tradicionais baseados na linearidade

hierárquica e na fragmentação⁵¹ pura do Direito. Isso não significa o desconhecimento de ordens jurídicas infensas ao modelo com ênfase na alteridade⁵²; antes se reconhece tal realidade tanto quanto o caráter desafiador de se apresentarem métodos baseados em provocações mútuas capazes de ensejar transformações internas, excluída a possibilidade de imposição do constitucionalismo. A ideia, no caso, é chegar às autotransformações a partir da tomada de elementos cognitivos e normativos da ordem jurídica alheia.

Em oposição aos modelos aqui apresentados, buscamos trazer proposições desconstrutivistas ou desconstrucionistas, tendo como marco Derrida, que não vê possível a “justiça como experiência de alteridade absoluta”⁵³, sendo então necessário estabelecer, para as finalidades do presente ensaio, que as propostas analisadas têm como meta o alcance da justiça.

Nessa perspectiva inicial da avaliação de contrapontos às teses apreciadas, é preciso pontuar o objetivo de Derrida no sentido da possibilidade de alcance ou atingimento da justiça pela via da desconstrução, o que surge na sua obra como o problema epistemológico a ser enfrentado.⁵⁴ Sob esse aspecto e partindo de uma posição mais genérica quanto aos contra-argumentos às propostas abordadas neste estudo, importa registrar o paradigma da *força* como elemento intrínseco ao conceito funcionalizante do Direito para Derrida⁵⁵, determinante tal ideia da concepção de que a violência é também atributo do Direito.⁵⁶

⁴⁷ NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: M. Fontes, 2009. p. 272.

⁴⁸ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de estudios políticos y constitucionales, 2001.

⁴⁹ Para uma visão geral sobre a proposta de Alexy, ver sua clássica obra sobre direitos fundamentais. ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de estudios políticos y constitucionales, 2001. p. 86-98.

⁵⁰ Nessa ótica, Neves propõe novas formas de relacionamento entre as espécies normativas consideradas princípios e regras, sugerindo um modelo circular e transversal, ao lado de destacar-se como sustentado em três níveis distintos: “Nessa perspectiva, o desenvolvimento de um método do transconstitucionalismo abre a possibilidade de construção de uma racionalidade transversal na relação entre princípios e regras de ordens jurídicas distintas. Isso implica que se considerem três níveis de relações entre princípios e regras de ordens jurídicas diversas, cada um desses níveis entrelaçado circularmente com os outros: princípio-princípio, regra-regra, princípio-regra (havendo mais de duas ordens “envolvidas, a situação torna-se ainda mais rica em possibilidades de entrelaçamentos). NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: M. Fontes, 2009. p. 275.

⁵¹ Para uma breve noção do matiz de fragmentação do Direito, sugerimos a leitura de TEUBNER, G; FISCHER-LESCANO, A. Regime collisions: the vain search for legal unity in the fragmentation of international law. In: *Michigan Journal of International Law*, 2003-2004, p. 999-1046.

⁵² NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: M. Fontes, 2009. p. 276.

⁵³ DERRIDA, Jacques. *Força de lei*. Tradução Leyla Perrone-Moisés. São Paulo: M. Fontes, 2010. p. 55.

⁵⁴ DERRIDA, Jacques. *Força de lei*. Tradução Leyla Perrone-Moisés. São Paulo: M. Fontes, 2010. p. 3-4.

⁵⁵ DERRIDA, Jacques. *Força de lei*. Tradução Leyla Perrone-Moisés. São Paulo: M. Fontes, 2010. p. 7-9.

⁵⁶ O autor utiliza-se do termo em alemão *Gewalt*, que ao lado de significar violência também admite os significados de “poder legítimo, autoridade, força pública” (p. 9), ou ainda “poder legítimo, autoridade justificada” (p. 10). Percebe-se da leitura da obra de Derrida que a violência, o poder, o direito, implicam, sobretudo a ideia de *ruptura*. DERRIDA, Jacques. *Força de lei*. Tradução Leyla Perrone-Moisés. São Paulo: M. Fontes, 2010.

Essas as balizas utilizadas por Derrida para estabelecer as bases sólidas de sua teoria em torno da justiça realizada não essencialmente pela via do Direito. É que o autor estipula premissas assentadas no caráter binário da construção/desconstrução do direito e da justiça, dissociando-os funcionalmente. Daí o contraponto genérico, mais abrangente, uma vez que os modelos objeto deste estudo têm por fundamento a realização da justiça por intermédio das estruturas do Direito.

O ponto de partida de Derrida⁵⁷ é a desconstrutibilidade do Direito; tal se dá seja pela sua base fundadora, seja porque seu fundamento último não tem lastro em qualquer alicerce fundante. Sob essa perspectiva, o autor faz a ruptura conceitual entre direito e justiça, fixando esta última como a própria possibilidade de desconstrução, e aquele como sistema construível e, portanto, passível de se ver desconstruído.⁵⁸ Pode-se inferir, pois, que o direito pode ter componente justo à medida que se permite desconstruir. Derrida sentencia: “A desconstrução é a justiça.”⁵⁹

É nesse patamar que conseguimos aproximar a proposta de internacionalização do Direito como possibilidade pelos modelos traçados com a ideia de Derrida, afinal, a atuação mediadora, pela trilha do diálogo, em movimento de ir e vir entre *ego* e *alter*, não deixa de ser uma espécie de desconstrução. Tal se dá não com o objetivo de demolição, mas de releitura à luz de um novo contexto. Essa uma postura que sob o pálio da internacionalização do Direito, em sua dimensão substancial, o Supremo Tribunal Federal não vem adotando, como se verá.

4 A internacionalização do direito na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: os casos de liberdade de imprensa

O método dialógico aqui proposto como forma de produção normativa por parte dos juízes está a exigir conduta dinâmica dos protagonistas desse processo. Nesse cenário, imprescindível avaliação comparativa de valores, circunstâncias ou outros aspectos determinantes

dos casos avaliados pelos julgadores (tanto aquele tomado como objeto como aquele tido como critério de parâmetricidade), em verdadeiro teste de efetividade. Essa a sintaxe extraída das propostas de modelos de produção do Direito sob o viés de um mundo globalizado e fragmentado, cujos componentes têm como elos de integração e transição os direitos humanos.

A escolha da *liberdade de imprensa* como pauta de avaliação do comportamento da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, no contexto aqui delineado, tem por base sua relação direta com as categorias estruturantes do direito, da justiça e da democracia, eixos do método sugerido aos juízes para contribuírem com o processo de internacionalização do Direito, conforme já apontado no item 1 deste trabalho.

A análise dos julgados da Corte Constitucional brasileira mostra certa distância entre esse ideal e a realidade ali praticada. O olhar sobre o quantitativo de acórdãos em que o Direito estrangeiro ou internacional foi utilizado para dirimir os conflitos já é um primeiro indício do estágio da jurisprudência local nesses termos. São encontrados 141 (cento e quarenta e um) julgados; destes, em apenas 7 (sete), portanto somente em 5% (cinco por cento), é aventado o Direito estrangeiro, inter, supra ou transnacional. De outro lado, a aplicabilidade dessas outras ordens jurídicas, por vezes, não envolve as circunstâncias e os valores dos casos postos sob avaliação. Trata-se de movimento apenas cognitivo em torno do Direito e da normatividade aplicável às hipóteses que serviram de fontes, mas sem se atingir o *status* de troca, dádava ou reconhecimento entre *ego* e *alter*.

Nessa parte do trabalho, será abordada a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal nos casos de liberdade de imprensa em que houve utilização do Direito estrangeiro ou internacional. Ver-se-á que ainda há longo caminho a percorrer até que se estabeleçam os limites definidos da cooperação entre juízes, na aplicação do Direito não pela via da hierarquia, mas de modo heterárquico, tendo por objetivo não a complementariedade, mas a colaboração. Para tanto, os direitos humanos compõem como estruturas e categorias moduladoras desse sistema cooperativo.

No caso julgado no AI 690841 AgR/SP, discutiu-se sobre o direito de crítica como prerrogativa do Direito constitucional de informação. Alexandre Augusto de Fa-

⁵⁷ DERRIDA, Jacques. *Força de lei*. Tradução Leyla Perrone-Moisés. São Paulo: M. Fontes, 2010. p. 26.

⁵⁸ DERRIDA, Jacques. *Força de lei*. Tradução Leyla Perrone-Moisés. São Paulo: M. Fontes, 2010. p. 27.

⁵⁹ DERRIDA, Jacques. *Força de lei*. Tradução Leyla Perrone-Moisés. São Paulo: M. Fontes, 2010. p. 27.

ria Machado propôs demanda indenizatória em desfavor do jornalista Jânio Sérgio de Freitas Cunha e não se conformando com a decisão que lhe foi desfavorável no Tribunal de Justiça de São Paulo, interpôs recurso extraordinário não recebido, gerando o agravo regimental ora examinado. Para os fins deste estudo, interessa a utilização, pelo relator, ministro Celso de Mello, dos precedentes de tribunais internacionais. Os mesmos julgados serviram de base no AI 705630⁶⁰ AgR/SC e no AI 675276⁶¹ AgR/RJ, analisados pela 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal em 2010 e 2011.

A base desses julgados para afastar a pretensão dos recorrentes em torno do reconhecimento de ofensa à honra por atos praticados por jornalistas foi, como frisado, o direito de crítica, oriundo da liberdade de expressão do pensamento extraída do pluralismo político, este na condição de um dos pilares normativos do Estado Democrático, conforme estipulação do art. 1º, inciso V, da Constituição brasileira. O relator valeu-se, inicialmente, de precedentes do Tribunal Constitucional espanhol, mencionando as sentenças n. 6/1981, 12/1982, 104/1986 e 17/1990⁶², pelas quais ter-se-ia homenageado o direito de crítica como um dos marcos valorativos que emprestam legitimidade à ideia de um regime democrático.

Na mesma linha de raciocínio, valeu-se em seguida o julgado dos Casos Handyside e Lingens, de 07/12/1976 e 08/07/1986, respectivamente, e submetidos à apreciação da Corte Europeia de Direitos Humanos, em que a limitação ao direito de interpretar e criticar seria

incompatível com o poder-dever de informar assegurado à imprensa. Por fim, no voto condutor, há menção à obra de Sérgio Fernando Moro⁶³ em que é citado o caso *New York Times v. Sullivan*, de 1964, transcrevendo parte do voto do Juiz William Brennan em que se defende a inclusão de ataques veementes ao governo quando se trata de fomentar o debate de questões de interesse público.

Um dos mais importantes fundamentos neste julgado foi a impossibilidade de repressão estatal à manifestação do pensamento, pontuando o relator o estágio da democracia vivenciado pelo país, contudo, colaciona Direito estrangeiro situado em décadas muito anteriores em que o país situava-se em momento diverso no que concerne ao regime político. Mais do que isso, há a convicção do relator de que são prerrogativas inerentes à liberdade de imprensa o direito de informar, o direito de buscar a informação, o direito opinar e o direito de criticar; o reforço dos julgados estrangeiros é feito apenas com ilustrações de posições em favor da possibilidade legítima do exercício de crítica. Não há, entretanto, exame particularizado, pormenorizado, das circunstâncias específicas dos casos concretos objeto dos julgamentos realizados pelos tribunais internacionais.

Sob esse aspecto, interessante verificar que o Caso Handyside⁶⁴ utilizado como paradigma contém posição diametralmente oposta àquela desenvolvida no julgado brasileiro. Richard Handyside, proprietário da editora Stage1, adquiriu os direitos sobre uma publicação dedicada a crianças versando sobre questões relacionadas a sexo, passando a sofrer limitação ao direito de reprodução das ideias ali contidas e culminando com o recolhimento dos livros e sua condenação, pelo Poder Judiciário do Reino Unido, o que não foi revertido pela Corte Europeia de Direitos Humanos em processo movido por Handyside contra o Reino Unido. Nessa instância, considerou-se legítima a interferência na órbita de liberdade de Handyside, conduta necessária e proporcional aos valores vigentes em uma sociedade democrática, observada pelo Tribunal supranacional a margem de apreciação

⁶⁰ Neste processo, a 2ª Turma do STF enfrentou em 22/03/2011 a insurgência do jornalista Cláudio Humberto de Oliveira Rosa e Silva contra acórdão do Tribunal de Justiça de Santa Catarina que o condenara ao pagamento de indenização por danos morais em favor de Francisco José Rodrigues de Oliveira Filho, desembargador do TJSC, considerando ofensiva matéria jornalística assinada pelo recorrente em que o magistrado foi alvo de crítica do jornalista por haver reintegrado 6 vereadores ao cargo, em tempo considerado muito rápido (12 horas) após decisão da Corte pelo afastamento dos políticos. O acórdão foi publicado em 06 abr. 2011.

⁶¹ Neste caso, a 2ª Turma do STF julgou em 22 jun. 2010 agravo regimental contra decisão denegatória de agravo de instrumento interposto por Ricardo Terra Teixeira em face do jornalista José Carlos Amaral Kfoury, sentindo-se o agravante, então presidente da Confederação Brasileira de Futebol, ofendido pelas críticas feitas pelo jornalista em matéria sob sua responsabilidade, ofensas não consideradas pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. O acórdão foi publicado 14 abr. 2011.

⁶² Relatores, respectivamente, os juízes Francisco Rubio Lorente, Luis Díez Picazo, Francisco Tomás y Valiente e Bravo-Ferrer.

⁶³ MORO, Sérgio Frenando. *Jurisdição Constitucional como Democracia*. São Paulo: RT, 2004. p. 48.

⁶⁴ Breve resumo do caso pode ser encontrado no trabalho desenvolvido pela Corte Interamericana de Direitos Humanos sobre julgados relacionados à liberdade de expressão do pensamento. Disponível em: <<http://www.oas.org/es/cidh/expresion/showarticle.asp?artID=491&IID=4>>. Acesso em: 22 abr. 2012.

e evidenciando-se não violação ao art. 10 da Convenção Europeia de Direitos Humanos⁶⁵.

Em 02 de setembro de 2010, o plenário do Supremo Tribunal Federal referendou medida cautelar parcialmente concedida pelo ministro Ayres Britto na ADI 4451/DF proposta pela Associação Brasileira de Emissoras de Rádio e Televisão. A autora pretendia ver reconhecida a inconstitucionalidade de dispositivos da lei eleitoral (Lei 9.504/97) voltados a limitar a ação de humoristas em relação a candidatos a cargos eletivos no período eleitoral, bem assim dos próprios veículos de comunicação ao manifestarem opiniões favoráveis ou contrárias a candidatos, partidos ou coligações políticas, sob pena de ruptura do princípio de paridade de armas. O relator, ao tempo do exame liminar, suspendeu a eficácia do dispositivo que proibia o humor com candidatos e emprestou interpretação conforme ao outro dispositivo, mencionando que as emissoras de rádio e televisão não podiam fazer campanha eleitoral, afastando, em qualquer hipótese, a censura prévia.

O primeiro raciocínio desenvolvido em plenário foi o de submeter o humor às atividades típicas de imprensa; a seguir, na linha dos julgados antes analisados, pontuou o poder de crítica como elemento ínsito à imprensa livre. Ao final, por maioria, a Corte suspendeu as normas do inciso II e da segunda parte do inciso III, ambos do art. 45, bem como, por arrastamento, dos par.

4º e 5º do mesmo artigo da Lei 9.504/97⁶⁶. O acórdão foi publicado em 01/07/2011.

Após intenso debate entre vários julgadores, o ministro Dias Toffoli apresentou longo voto escrito alinhando-se à divergência compartilhada com os ministros Marco Aurélio e Ricardo Lewandowski. Depois de tecer considerações sobre a liberdade de imprensa, os limites da atividade judicial e a técnica de ponderação de interesses, o ministro pontuou a existência das normas impugnadas há muito tempo sem que houvesse violação às liberdades fundamentais ao longo do tempo. Trouxe dado interessante concernente à inexistência de condenação de

⁶⁶ A ADI 4451/DF tinha por objeto este dispositivo legal: Art. 45. A partir de 1º de julho do ano da eleição, é vedado às emissoras de rádio e televisão, em sua programação normal e noticiário: I - transmitir, ainda que sob a forma de entrevista jornalística, imagens de realização de pesquisa ou qualquer outro tipo de consulta popular de natureza eleitoral em que seja possível identificar o entrevistado ou em que haja manipulação de dados; II - usar trucagem, montagem ou outro recurso de áudio ou vídeo que, de qualquer forma, degradem ou ridicularizem candidato, partido ou coligação, ou produzir ou veicular programa com esse efeito; III - veicular propaganda política ou difundir opinião favorável ou contrária a candidato, partido, coligação, a seus órgãos ou representantes; IV - dar tratamento privilegiado a candidato, partido ou coligação; V - veicular ou divulgar filmes, novelas, minisséries ou qualquer outro programa com alusão ou crítica a candidato ou partido político, mesmo que dissimuladamente, exceto programas jornalísticos ou debates políticos; VI - divulgar nome de programa que se refira a candidato escolhido em convenção, ainda quando preexistente, inclusive se coincidente com o nome do candidato ou com a variação nominal por ele adotada. Sendo o nome do programa o mesmo que o do candidato, fica proibida a sua divulgação, sob pena de cancelamento do respectivo registro. § 1º A partir do resultado da convenção, é vedado, ainda, às emissoras transmitir programa apresentado ou comentado por candidato escolhido em convenção. (Redação dada pela Lei nº 11.300, de 2006) § 2º Sem prejuízo do disposto no parágrafo único do art. 55, a inobservância do disposto neste artigo sujeita a emissora ao pagamento de multa no valor de vinte mil a cem mil UFIR, duplicada em caso de reincidência. § 3º (Revogado pela Lei nº 12.034, de 2009) § 4º Entende-se por trucagem todo e qualquer efeito realizado em áudio ou vídeo que degradar ou ridicularizar candidato, partido político ou coligação, ou que desvirtuar a realidade e beneficiar ou prejudicar qualquer candidato, partido político ou coligação. (Incluído pela Lei nº 12.034, de 2009) § 5º Entende-se por montagem toda e qualquer junção de registros de áudio ou vídeo que degradar ou ridicularizar candidato, partido político ou coligação, ou que desvirtuar a realidade e beneficiar ou prejudicar qualquer candidato, partido político ou coligação. (Incluído pela Lei nº 12.034, de 2009) § 6º É permitido ao partido político utilizar na propaganda eleitoral de seus candidatos em âmbito regional, inclusive no horário eleitoral gratuito, a imagem e a voz de candidato ou militante de partido político que integre a sua coligação em âmbito nacional. (Incluído pela Lei nº 12.034, de 2009).

⁶⁵ Prescreve o referido dispositivo: Artigo 10º (Liberdade de expressão) 1. Qualquer pessoa tem direito à liberdade de expressão. Este direito compreende a liberdade de opinião e a liberdade de receber ou de transmitir informações ou ideias sem que possa haver ingerência de quaisquer autoridades públicas e sem considerações de fronteiras. O presente artigo não impede que os Estados submetam as empresas de radiodifusão, de cinematografia ou de televisão a um regime de autorização prévia. 2. O exercício desta liberdades, porquanto implica deveres e responsabilidades, pode ser submetido a certas formalidades, condições, restrições ou sanções, previstas pela lei, que constituam providências necessárias, numa sociedade democrática, para a segurança nacional, a integridade territorial ou a segurança pública, a defesa da ordem e a prevenção do crime, a proteção da saúde ou da moral, a proteção da honra ou dos direitos de outrem, para impedir a divulgação de informações confidenciais, ou para garantir a autoridade e a imparcialidade do poder judicial.

qualquer humorista nos últimos 45 anos, além de valer-se de forma breve das lições de Neves sobre o modelo trans-constitucionalista para utilizar-se do Direito alemão em prol da tese desenvolvida em seu voto.

O ministro Dias Toffoli consigna a existência de inúmeros casos enfrentados pela Corte Constitucional alemã, inclusive relatados por Neves, fazendo alusão ao julgado envolvendo a princesa Caroline de Mônaco. Tenta, porém, aproximar a hipótese em análise pelo Supremo Tribunal Federal ao famoso caso dos “Soldados Assassinos” apreciado pelo Tribunal alemão, por seu segundo senado, em 10 de outubro de 1995, para mencionar que havia demanda relacionada aos exageros cometidos pela sociedade alemã, no uso da liberdade de expressão do pensamento, em ostentar faixas em áreas públicas, além do envio de carta a jornal e distribuição de panfletos chamando os militares de assassinos. Ocorre que não houve pronunciamento do Tribunal constitucional sobre o mérito das demandas, remetendo-as de volta aos tribunais locais de origem para que investigassem a ocorrência de aparente abuso na liberdade de expressão. Embora o ministro transcreva trecho do julgado, fazendo distinção entre a crítica e a ofensa, não há aproximação da situação fática e do arcabouço jurídico realizado pelos julgadores, de modo a perceber-se um diálogo mediador entre as hipóteses alemã e brasileira. O exemplo serve apenas como ilustração, sem qualquer pretensão integracionista.

O plenário do Supremo Tribunal Federal deparou-se, em 10 de dezembro de 2009, com a Reclamação 9428/DF promovida pelo jornal *O Estado de São Paulo* contra decisão da 5ª Turma Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios julgando-se incompetente para apreciação de causa, com reconhecimento de conexão em favor de juízo federal no Estado do Maranhão, mas mantendo decisão originária e obstativa de veiculação de dados sigilosos do autor da ação inibitória – Fernando Sarney – e sob investigação policial com decreto judicial de sigilo. O fundamento do jornal *Estadão* tem por base o afastamento da lei de imprensa (Lei 5.250/67) pelo Supremo Tribunal Federal quando da apreciação da ADPF 130/DF; a Reclamação 9428/DF foi distribuída à relatoria do ministro Cezar Peluso e teve acórdão publicado em 25/06/2010.

O enfrentamento da reclamação iniciou-se pela análise de seus pressupostos de admissibilidade, visto tratar-se de instrumento excepcional de provocação da

Corte, além de delinear a necessária apreciação do caso sob o prisma da inviolabilidade do sigilo das comunicações telefônicas.⁶⁷ O Tribunal, por maioria e seguindo o voto do relator, entendeu pela extinção do processo sem apreciação de mérito, por visualizar incabível na espécie o manejo da reclamação, uma vez que a decisão impugnada não tinha o condão de afrontar a decisão extraída da ADPF 130/DF.

Nos votos divergentes dos ministros Ayres Britto e Celso de Mello – acompanhados pela ministra Cármen Lúcia – há menções a Direito internacional, uma vez mais tomados os documentos e julgados a título exclusivo de ilustração das teses desenvolvidas pelos julgadores, sem qualquer propósito dialógico, sem sequer estabelecer-se mínima possibilidade de ação comunicativa entre as categorias do *ego* e do *alter*. O ministro Ayres Britto apenas cita o Caso Spiegel assentando que houve determinação da Corte alemã em favor da precedência do direito à imprensa; no mais, menciona *en passant* o caso analisado pela Suprema Corte Norte-Americana em torno do *The New York Times versus Sullivan*, ao lado de referir-se ao pronunciamento do juiz Oliver Wendell Holmes Jr., em 1919, no julgamento do caso *Shenck versus United States*. O ministro Celso de Mello elenca os mesmos precedentes aludidos no AI 690841 AgR/SP, AI 705630 AgR/SC e AI 675276 AgR/RJ já aqui noticiados.

Percebe-se, uma vez mais, o distanciamento das referências utilizadas com as hipóteses fáticas sob avaliação; a propósito, o caso *The New York Times versus Sullivan* data de 1964 (376 EUA 254) e ensejou a elaboração de tese segundo a qual é preciso restar demonstrada a presença do dolo específico (*animus injuriandi* ou *diffamandi* ou *caluniandi*) para que se configure uma conduta ilícita do agente/meio de comunicação quando da divulgação de dados de pessoas públicas. O caso *Shenck versus United States* (249 EUA 47) versava sobre projeto de lei de espionagem, entendendo-se à época que o réu – Shenck – não detinha em seu favor o direito de expressão contrária à lei no período da primeira guerra mundial. Vê-se, pois, que não há qualquer liame entre os elementos tomados

⁶⁷ Dispõe o art. 5º, inciso XII, da Constituição Federal brasileira: “é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal”.

para julgamento, afastando-se o Tribunal brasileiro dos modelos propostos em favor do diálogo entre juízes.

O plenário do Supremo Tribunal Federal assentou em 17 de junho de 2009 a não recepção do Decreto-Lei 972/69, especialmente seu art. 4º, inciso V⁶⁸, pela ordem constitucional de 1988, afastando, assim, a necessidade de diploma de curso superior em Jornalismo para o exercício da profissão de jornalista. A questão chegou ao Judiciário pela via de ação civil pública proposta pelo Ministério Público, que teve o pleito acolhido em primeira instância, mas a sentença foi reformada pelo Tribunal Regional Federal da 3ª Região. No Supremo, o caso foi veiculado por meio do RE 511961/SP, distribuído à relatoria do ministro Gilmar Mendes e com acórdão publicado em 13 de novembro de 2009.

As teses lançadas eram, em síntese, de um lado a violação a direitos humanos protegidos pelo Pacto de San José da Costa Rica, notadamente pelo seu art. 13 (li-

berdade de expressão),⁶⁹ e, de outro lado, a infringência ao art. 5º, incisos IX⁷⁰ e XIII⁷¹, da Constituição Federal, e,

⁶⁸ Art. 4º O exercício da profissão de Jornalista requer prévio registro no órgão regional competente do Ministério do Trabalho e Previdência Social que se fará mediante a apresentação de: I - prova de nacionalidade brasileira; II - folha corrida; III - carteira profissional; IV - (Revogado pela Lei nº 6.612, de 7-12-78); V - diploma de curso superior de Jornalismo, oficial ou reconhecido, registrado no Ministério de Educação e Cultura ou em instituição por este credenciada, para as funções relacionadas de "a" a "g" no artigo 6º.

⁶⁹ Artigo 13 - Liberdade de pensamento e de expressão:

§1. Toda pessoa tem o direito à liberdade de pensamento e de expressão. Esse direito inclui a liberdade de procurar, receber e difundir informações e idéias de qualquer natureza, sem considerações de fronteiras, verbalmente ou por escrito, ou em forma impressa ou artística, ou por qualquer meio de sua escolha.

§2. O exercício do direito previsto no inciso precedente não pode estar sujeita à censura prévia, mas a responsabilidades ulteriores, que devem ser expressamente previstas em lei e que se façam necessárias para assegurar:

§3. O respeito dos direitos e da reputação das demais pessoas;
§4. A proteção da segurança nacional, da ordem pública, ou da saúde ou da moral públicas.

§5. Não se pode restringir o direito de expressão por vias e meios indiretos, tais como o abuso de controles oficiais ou particulares de papel de imprensa, de frequências radioelétricas ou de equipamentos e aparelhos usados na difusão de informação, nem por quaisquer outros meios destinados a obstar a comunicação e a circulação de idéias e opiniões. §6. A lei pode submeter os espetáculos a censura prévia, com o objetivo exclusivo de regular o acesso a eles, para proteção moral da infância e da adolescência, sem prejuízo do disposto no inciso 2.

§7. A lei deve proibir toda propaganda a favor da guerra, bem como toda apologia ao ódio nacional, racial ou religioso que constitua incitamento à discriminação, à hostilidade, ao crime ou à violência.

⁷⁰ Art. 5º. Inciso IX: é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença.

⁷¹ Art. 5º. Inciso XIII: é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer.

ainda, ao art. 220⁷², também do texto constitucional brasileiro. O relator, após longa análise acerca da proporcionalidade da medida legislativa, restringindo a liberdade de expressão do pensamento pela exigência de curso superior, sinalizou para sua desnecessidade, segundo leitura do art. 5º, inciso XIII. O ponto fundamental foi a falta de lesividade à segurança e saúde coletiva pelo exercício do jornalismo; para o ministro Gilmar Mendes, os riscos nesse sentido não decorreriam da natureza da atividade do jornalismo.

Após extensa análise do tema à luz dos dispositivos constitucionais, o relator trouxe consulta formulada pelo Governo da Costa Rica à Corte Interamericana de Direitos Humanos⁷³ também acerca da necessidade de diploma em Jornalismo para o exercício da profissão. Segundo o voto do relator, em 13 de novembro de 1985, a Corte proferiu decisão no sentido de que a exigência de diploma universitário e da inscrição em ordem profissional viola o art. 13 da Convenção Americana de Direitos Humanos.⁷⁴ Sob esse aspecto, ressalte-se que há transcrição de vários capítulos da decisão da CIDH, o que reforça o caráter ilustrativo do direito supranacional no âmbito da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, sem que

haja preocupação ou disponibilidade de estabelecer-se interlocução com essa esfera do Direito.

Nesse caso, inclusive, há omissão evidente no julgado; uma das balizas a serem testadas era a violação ao art. 13 da Convenção Americana de Direitos Humanos, a (in)compatibilização do diploma legal com esse dispositivo supranacional que, aliás, fora recepcionado pelo ordenamento interno. Entretanto, não se fez tal análise em qualquer dos votos, seja do relator, seja dos ministros que votaram em seguida.⁷⁵ A apreciação limitou-se ao caso provocado pelo Governo da Costa Rica que, embora em tudo similar ao brasileiro, contém nuances próprias e que talvez reclamasse no mínimo avaliação comparativa.

Também no ano de 2009, o Supremo Tribunal Federal enfrentou outro caso de grande repercussão relativo à liberdade de imprensa. Trata-se da ADPF 130/DF,⁷⁶ relator o ministro Ayres Britto, oportunidade em que foi considerada não recepcionada a Lei 5.250/67, a chamada “Lei de imprensa” por incompatibilidade material com a atual Constituição da República. A ADPF foi proposta pelo Partido Democrático Trabalhista – PDT visando à declaração de que determinados dispositivos da lei não foram recebidos pela ordem constitucional vigente e outros não prescindem de interpretação conforme a Constituição.

Para os limites impostos por este estudo, vale registrar que o relator inicia seu voto *anunciando* breve estudo de direito comparado acerca da liberdade de expressão do pensamento; pontua sobre o ordenamento jurídico-constitucional norte-americano, mencionando a primeira emenda à Constituição⁷⁷ em que consta norma proibitiva de qualquer cerceamento à liberdade de pala-

⁷² Art. 220. A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição. §1º - Nenhuma lei conterá dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV. § 2º - É vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística. § 3º - Compete à lei federal: I - regular as diversões e espetáculos públicos, cabendo ao poder público informar sobre a natureza deles, as faixas etárias a que não se recomendem, locais e horários em que sua apresentação se mostre inadequada; II - estabelecer os meios legais que garantam à pessoa e à família a possibilidade de se defenderem de programas ou programações de rádio e televisão que contrariem o disposto no art. 221, bem como da propaganda de produtos, práticas e serviços que possam ser nocivos à saúde e ao meio ambiente. § 4º - A propaganda comercial de tabaco, bebidas alcoólicas, agrotóxicos, medicamentos e terapias estará sujeita a restrições legais, nos termos do inciso II do parágrafo anterior, e conterá, sempre que necessário, advertência sobre os malefícios decorrentes de seu uso. § 5º - Os meios de comunicação social não podem, direta ou indiretamente, ser objeto de monopólio ou oligopólio. § 6º - A publicação de veículo impresso de comunicação independe de licença de autoridade.

⁷³ Por meio de comunicação datada de 8 jul 1985.

⁷⁴ DELMAS-MARTY, Mireille. *Les forces imaginantes du droit II: le pluralisme ordonné*. Paris: Seuil, 2006. p. 40-41.

⁷⁵ Apenas o ministro Marco Aurélio apresentou divergência ao voto do relator.

⁷⁶ O julgamento ocorreu em 30 abr. 2009, mas o acórdão só foi publicado em 06/11/2009. Este o resultado final: O Tribunal, por maioria, julgou procedente o pedido, vencidos, em parte, os ministros Joaquim Barbosa e Ellen Gracie, que o julgavam improcedente quanto aos arts. 1º, par. 1º; 2º, caput; 14; 16; e 20/222, todos da Lei 5.250/67; o ministro Gilmar Mendes, que julgava improcedente o pedido quanto aos artsº 29 a 36 da mesma Lei; e vencido integralmente o ministro Marco Aurélio, que julgava o pedido totalmente improcedente.

⁷⁷ Texto da Primeira Emenda à Constituição norte-americana: “O congresso não deve fazer leis a respeito de se estabelecer uma religião, ou proibir o seu livre exercício; ou diminuir a liberdade de expressão, ou da imprensa; ou sobre o direito das pessoas de se reunirem pacificamente, e de fazerem petições ao governo para que sejam feitas reparações por ofensas.” (Fonte: , tradução nossa).

vra ou de imprensa. Mais à frente, já no item 41 de seu voto, o ministro relator registra, em caráter exemplificativo, o art. 37, 1, da Constituição portuguesa de 1976.⁷⁸ Nada mais que isso.

Em voto-vista, o ministro Menezes Direito, após referenciar Ronald Dworkin, alude ao Pacto de San José da Costa Rica; mais adiante, o julgador traz a contribuição de Owen Fiss, revelando parte da jurisprudência da Suprema Corte norte-americana sobre liberdade de imprensa. Sob esse prisma, o ministro Menezes Direito faz análise de julgados de 1907 (*Patterson versus Colorado*), 1919 (*Abrams versus United States*) e 1927 (*Whitney versus California*), para então reportar-se a caso mais recente, de maio de 2008, relativo à pornografia infantil (*United States versus Williams*). É também o ministro Direito que faz alusão a decisões do Conselho Constitucional francês, datadas de 10 e 11 de outubro de 1984, 18 de setembro de 1986 e 27 de julho de 2000, estabelecendo a visão daquela Corte em torno da ideia de que a “liberdade de imprensa é condição de outras liberdades”. Por fim, o ministro refere-se ao art. 10 da Convenção Europeia de Direitos do Homem,⁷⁹ fundamento da decisão prolatada pela Corte Europeia de Direitos Humanos no caso *Colombani*, de 25 de junho de 2002, em que teria sido firmada a ideia de que “delito de ofensa pela imprensa a um chefe de estado estrangeiro constitui um atentado injustificado à liberdade de expressão”.

Em voto bem sintético, o ministro Ricardo Lewandowski acompanhou o relator em favor do banimento integral da lei de imprensa. Ao tentar aproximar o momento político-institucional do Brasil aos países em que se possa considerar sedimentado o regime democrático, simplificou:

“[...] nos países onde a imprensa é mais livre, onde a democracia deita raízes mais profundas, salvo raras exceções, a manifestação do pensamento é totalmente livre, a exemplo do que ocorre nos EUA, no Reino Unido e na Austrália,

sem que seja submetida a qualquer disciplina legal”⁸⁰

A premissa de que parte o julgador já pronuncia o distanciamento entre os sistemas em comparação, o que estaria a exigir a utilização de instrumentos procedimentais de aproximação, seja pelo iter do transconstitucionalismo de Neves (2009), seja pelas nuvens ordenadas de Delmas-Marty (2006), apenas para citar os modelos aqui analisados.

O ministro Celso de Mello iniciou seu voto referindo-se à Conferência Hemisférica sobre liberdade de expressão, na Cidade do México, em 1994, ocasião em que foi elaborada a Declaração de Chapultepec, verda-

⁷⁸ Artigo 37º Liberdade de expressão e informação 1. Todos têm o direito de exprimir e divulgar livremente o seu pensamento pela palavra, pela imagem ou por qualquer outro meio, bem como o direito de informar, de se informar e de ser informados, sem impedimentos nem discriminações.

⁷⁹ NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: M. Fontes, 2009.

⁸⁰ O contraponto a esse argumento é oferecido pelo ministro Gilmar Mendes em seu voto no julgamento da ADPF aqui analisado, quando afirmou categoricamente: “Ressalto, neste ponto, que é extremamente falacioso o argumento, não raras vezes utilizado, de que, em países de democracia desenvolvida, não há leis de imprensa ou de regulação da atividade de imprensa”. A seguir, apresenta pesquisa feia em torno de ordenamentos em que há essa regulação, elencando os seguintes países: Espanha, Portugal, México, Reino Unido, França, Chile, Peru, Uruguai e Alemanha. Mais à frente, durante intenso debate sobre o direito de resposta, entre vários ministros, ao final da sessão de julgamento, o ministro Ayres Britto acrescentou os casos do Canadá, Itália e Suécia.

deira Carta de Princípios.⁸¹ Observa-se, contudo, que nenhuma menção é feita à vinculação do Brasil a esse conjunto normativo, sequer havendo registro em torno da participação do país no evento.⁸² Em seguida, o ministro

⁸¹ A Carta foi elaborada por 100 especialistas a pedido da Sociedade Interamericana de Imprensa; está assim redigida: “Uma imprensa livre é condição fundamental para que as sociedades resolvam seus conflitos, promovam o bem-estar e protejam sua liberdade. Não deve existir nenhuma lei ou ato de poder que restrinja a liberdade de expressão ou de imprensa, seja qual for o meio de comunicação. Porque temos consciência dessa realidade e a sentimos com profunda convicção, firmemente comprometidos com a liberdade, subscrevemos esta declaração com os seguintes princípios:

I – Não há pessoas nem sociedades livres sem liberdade de expressão e de imprensa. O exercício dessa não é uma concessão das autoridades, é um direito inalienável do povo.

II – Toda pessoa tem o direito de buscar e receber informação, expressar opiniões e divulgá-las livremente. Ninguém pode restringir ou negar esses direitos.

III – As autoridades devem estar legalmente obrigadas a pôr à disposição dos cidadãos, de forma oportuna e equitativa, a informação gerada pelo setor público. Nenhum jornalista poderá ser compelido a revelar suas fontes de informação.

IV – O assassinato, o terrorismo, o seqüestro, as pressões, a intimidação, a prisão injusta dos jornalistas, a destruição material dos meios de comunicação, qualquer tipo de violência e impunidade dos agressores, afetam seriamente a liberdade de expressão e de imprensa. Esses atos devem ser investigados com presteza e punidos severamente.

V – A censura prévia, as restrições à circulação dos meios ou à divulgação de suas mensagens, a imposição arbitrária de informação, a criação de obstáculos ao livre fluxo informativo e as limitações ao livre exercício e movimentação dos jornalistas se opõem diretamente à liberdade de imprensa.

VI – Os meios de comunicação e os jornalistas não devem ser objeto de discriminações ou favores em função do que escrevam ou digam.

VII – As políticas tarifárias e cambiais, as licenças de importação de papel ou equipamento jornalístico, a concessão de frequências de rádio e televisão e a veiculação ou supressão da publicidade estatal não devem ser utilizadas para premiar ou castigar os meios de comunicação ou os jornalistas.

VIII – A incorporação de jornalistas a associações profissionais ou sindicais e a filiação de meios de comunicação a câmaras empresariais devem ser estritamente voluntárias.

IX – A credibilidade da imprensa está ligada ao compromisso com a verdade, à busca de precisão, imparcialidade e equidade e à clara diferenciação entre as mensagens jornalísticas e as comerciais. A conquista desses fins e a observância desses valores éticos e profissionais não devem ser impostos. São responsabilidades exclusivas dos jornalistas e dos meios de comunicação. Em uma sociedade livre, a opinião pública premia ou castiga.

X – Nenhum meio de comunicação ou jornalista deve ser sancionado por difundir a verdade, criticar ou fazer denúncias contra o poder público.”

⁸² A Declaração foi subscrita pelo presidente Fernando Henrique Cardoso em 1996, e pelo presidente Luiz Inácio Lula da Silva em 2006.

retoma os precedentes nos julgados já aqui analisados,⁸³ para ainda citar o caso *Virginia versus Black et al*, de 07 de abril de 2003, em que se decidiu configurar como delito o ato de queimar uma cruz. Ao final, o ministro Celso de Mello aborda o tema do direito de resposta, reputando-o como “uma justa preocupação da comunidade internacional”, fazendo alusão ao art. 14⁸⁴ do Pacto de San José da Costa Rica, ao lado de mencionar a Opinião Consultiva 7/86 da Corte Interamericana de Direitos Humanos, pela qual se reconhece o direito de resposta independentemente de regramento normativo. Refere-se, ainda, a países – EUA e Argentina – que não estabeleceram qualquer tipo de regulação legislativa quanto ao direito de resposta, merecendo atenção a informação lançada anteriormente na nota de pé de página 36.

O último voto proferido nesse julgamento é do ministro Gilmar Mendes que trouxe vasta colaboração de direito comparado, sempre a título ilustrativo. Inicia pela menção à Declaração de Direitos da Virginia, de 1776, fazendo breve recuperação dos ordenamentos locais das treze colônias inglesas e traçando paralelo entre os ordenamentos norte-americano e alemão. Mais centrado na evolução jurisprudencial alemã sobre liberdade de expressão do pensamento, o ministro cita os casos emblemáticos *Lüth-Urteil* (BVerfGE 7, 198), *Schmid-Spiegel* (BVerfGE 12, 113), *Mephisto* (BVerfGE 30, 173) e *Lebach* (BVerfGE 35, 202).⁸⁵ Merece destaque a aproximação que o ministro Gilmar Mendes faz da Constituição brasileira de 1988 com a Constituição alemã, quando conclui que o texto brasileiro “abre espaço para uma lei de imprensa”. Há, aí, um

⁸³ Ver, neste item do trabalho, acima, a análise das decisões no AI 690841 AgR/SP, AI 705630 AgR/SC e AI 675276 AgR/RJ, todos da relatoria do ministro Celso de Mello.

⁸⁴ Artigo 14 - Direito de retificação ou resposta. 1. Toda pessoa, atingida por informações inexatas ou ofensivas emitidas em seu prejuízo por meios de difusão legalmente regulamentados e que se dirijam ao público em geral, tem direito a fazer, pelo mesmo órgão de difusão, sua retificação ou resposta, nas condições que estabeleça a lei. 2. Em nenhum caso a retificação ou a resposta eximirão das outras responsabilidades legais em que se houver incorrido. 3. Para a efetiva proteção da honra e da reputação, toda publicação ou empresa jornalística, cinematográfica, de rádio ou televisão, deve ter uma pessoa responsável, que não seja protegida por imunidades, nem goze de foro especial.

⁸⁵ Dados, respectivamente, de 15/01/1958, 25/01/1961, 24/02/1971 e 05/06/1973. Para uma visão desses casos, sugere-se a obra de SCHWABE, Jürgen; MARTINS, Leonardo (Org.) *Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão*. Tradução Beatriz Hennig et al. Montevideo, Uruguay: Fundación Konrad-Adenauer, 2005.

arremedo de análise dialógica, muito mais pela influência sofrida pelo julgador da sua formação acadêmica do que da proposta em favor da submissão ao pluralismo jurídico, mas não se pode deixar de consignar o avanço.⁸⁶

Sob esse prisma, deve-se também mencionar que ao posicionar-se pela viabilidade da existência de um regramento infraconstitucional, instaurando uma plataforma legislativa de delineamento do exercício da atividade de imprensa, o ministro Gilmar Mendes provocou largo debate com vários outros julgadores, momento em que se vê também pequeno estreitamento entre o ordenamento constitucional pátrio e o Direito internacional, podendo vislumbrar-se incipiente tentativa de fomento ao processo de internacionalização do Direito pela via da instância mediadora a ser assumida pelo Judiciário.⁸⁷

Esses os sete julgados no Supremo Tribunal Federal versando sobre liberdade de imprensa em que se veem registros de Direito internacional; como dito, não há postura de interlocução do Direito brasileiro com as demais ordens jurídicas, mesmo quando há a tomada de casos concretos ou hipótese normativo-legais apenas com o intuito de exemplificação. Não se vislumbra qualquer movimento de integração dessas ordens, ainda que a equiparação/comparação seja realizada em face do Direito produzido na Corte Interamericana de Direitos Humanos, organismo a que se submete o Brasil.

5 Conclusão

A análise dos julgados do Supremo Tribunal Federal em torno do tema da liberdade de imprensa, conforme proposta deste estudo, mostra com nitidez a ausência de vocação para a interlocução com o Direito produzido para além do território brasileiro. Evidencia-se, como anunciado no início deste trabalho, o anacronismo da jurisprudência brasileira diante de um mundo não mais retratado por muros delimitadores de sistemas sem potencialidade comunicativa. Concretiza-se a profecia da professora francesa Laurence Burgorgue-Larsen⁸⁸: “Ora, hoje em dia, apegar-se a um olhar nacional do direito - que pode esconder um olhar nacionalista do direito - é algo sem sentido”.

É preciso observar que o rompimento das fronteiras territoriais leva necessariamente à derrubada em escala das fronteiras culturais, linguísticas e sociais. Esse processo exige abertura para o diálogo em sua mais ampla possibilidade multidimensional. No entanto, como visto, os julgados no âmbito da jurisprudência brasileira nem de longe acompanham esse projeto. Contrariamente, o Supremo Tribunal mantém-se fiel exclusivamente ao Direito edificado pelas instâncias públicas, oficiais e territorialmente limitadas. No mais das vezes - em sua quase totalidade - o direito do *outro* mantém-se infenso aos valores brasileiros e vice-versa. O direito do *alter* serve apenas como exemplo distante, descontextualizado no tempo e no espaço.

Essa resistência põe o Brasil distante da realidade mundial globalizada, transnacionalizada, em atraso com as exigências da pós-modernidade. Como em tantas outras situações em que o país resistiu aos movimentos progressistas, o preço a ser pago no futuro não será pequeno.

É preciso observar que o país firmou compromisso, mesmo na órbita interna, de promover a integração da comunidade latino-americana de nações, postando essa promessa como princípio de índole constitucional e

⁸⁶ Nessa parte de seu voto, acentua o ministro Gilmar Mendes: “Como demonstrado, a Constituição brasileira, tal como a Constituição alemã, conferiu significado especial aos direitos de personalidade, consagrando o princípio da dignidade humana como postulado essencial da ordem constitucional [...] Faço essas análises, buscando lições do direito comparado, para concluir que a *ordem constitucional de 1988 abre espaço para uma lei de imprensa* instituída para proteger outros princípios constitucionais [...]” (Grifos do autor).

⁸⁷ Em resposta ao ministro Ayres Britto, que indagava sobre o direito comparado utilizado, o ministro Gilmar Mendes esclarece: “O texto trata dessa visão republicana ou deliberativa democrática da liberdade de imprensa que foi construída em torno da Primeira Emenda à Constituição norte-americana, cuja expressão textual está presente no artº 220 da Constituição brasileira. Essa é a discussão que nós estamos colocando. Então, o texto está dizendo: uma lei que trate desse tema (a imprensa) não é uma lei estranha ou inconstitucional, por exemplo, quando ela tem o objetivo de reforçar a liberdade de imprensa.” (Grifos nossos). Ainda que se reconheça eventual propósito dialógico na passagem transcrita, deve ser lembrado que nos Estados Unidos, exemplo utilizado pelo ministro Gilmar Mendes, não há regulação legal da imprensa, como, aliás, foi tantas vezes frisado ao longo do julgamento da ADPF 130/DF.

⁸⁸ LARSEN-BURGORGUE, Laurence. *A internacionalização do diálogo dos juízes*: missiva ao Sr. Bruno Genevois, presidente do Conselho de Estado da França. Revista Prismas, v. 7, n. 1, p. 261-304, jan./jun. 2010. Disponível em: <<http://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/index.php/prisma/article/view/1145/989>>. Acesso em: 29 abr. 2012.

regente de suas relações internacionais, segundo dicção do parágrafo único do art. 4º de sua Constituição Federal.⁸⁹

Essa integração, a toda evidência, não prescinde da construção jurídica. Nessa perspectiva, a contribuição dos juízes pode ser decisiva, para além de entremostar-se exigível. O primeiro passo a ser dado é participar do movimento de comércio de juízes pertencentes à “comunidade latino-americana de nações”. Tal não pode ser feito apenas com o intuito de promover exemplos e ilustrações tendo como objeto o Direito estrangeiro, mas abrir-se para o *reconhecimento* desse Direito e sua aptidão para construir e reconstruir o Direito comunitário, trans e supranacional.

A abertura para o diálogo não só propiciará a integração, demanda inerente ao processo de globalização, como evitará a alienação do país em relação aos movimentos em prol da sedimentação dos direitos humanos. Poderemos, por exemplo, não mais sofrer retaliações da comunidade internacional; poderemos participar ativamente da edição de novos produtos normativos vigerantes sobre todas as nações componentes da comunidade latino-americana. Poderemos, por fim, deixar de ser compelidos pelos *outros* – e só por eles, sem a nossa condição de partícipes – a edificarmos normas internas que nos façam mais próximos da mentalidade mundial, a exemplo do que ocorreu com a edição da chamada “Lei Maria da Penha”.

O primeiro passo, ainda que tardio, precisa ser dado, sob pena de estarmos a reboque do *outro*, sem conhecê-lo, sem reconhecê-lo.

Referências

ALEX, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de estudios políticos y constitucionales, 2001.

DELMAS-MARTY, Mireille. *Les forces imaginantes du droit II: le pluralisme ordonné*. Paris: Seuil, 2006.

DERRIDA, Jacques. *Força de lei*. Tradução Leyla Perrone-Moisés. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

FARIA, José Eduardo. *O direito na economia globalizada*. São Paulo: Malheiros, 2000.

KELSEN, Hans. *A ilusão da justiça*. Tradução Sérgio Tellaroli; Sérgio Sérvulo da Cunha (Rev. Tec.). 4 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

LARSEN-BURGORGUE, Laurence. *A internacionalização do diálogo dos juízes*: missiva ao Sr. Bruno Genevois, presidente do Conselho de Estado da França. Revista Prismas, v. 7, n. 1, p. 261-304, jan./jun. 2010. Disponível em: <<http://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/index.php/prisma/article/view/1145/989>>. Acesso em: 29 abr. 2012.

MORO, Sérgio Frenando. *Jurisdição Constitucional como Democracia*, São Paulo: RT, 2004.

NEVES, Marcelo. *Revista Conjur*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2009-jul-12/fimde-entrevista-marcelo-neves-professor-conselheiro-cnj>>. Acesso em: 15 abr. 2012

NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

PEREIRA, Ruitemberg Nunes. *Interações Transjudiciais e Transjudicialismo. Sobre a linguagem irônica no direito internacional*, neste livro

RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. Tradução Jussara Simões; Alvaro de Vita (Rev. tec.). 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

SCHWABE, Jürgen; MARTINS, Leonardo (Org.) *Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão*. Tradução Beatriz Hennig et al. Montevideo, Uruguay: Fundación Konrad-Adenauer, 2005.

SEN, Amartya. *A ideia de justiça*. Tradução Denise Bottmann; Ricardo Doninelli. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

SILVA, Alexandre Assunção e. *Liberdade de expressão e crimes de opinião*. São Paulo: Atlas, 2012.

TEUBNER, G; FISCHER-LESCANO, A. Regime collisions: the vain search for legal unity in the fragmentation of international law. In: *Michigan Journal of International Law*, 2003-2004, p. 999-1046.

⁸⁹ Dispõe o art. 4º, parágrafo único, da Constituição de 1988: “A República Federativa do Brasil buscará a integração econômica, política, social e cultural dos povos da América Latina, visando à formação de uma comunidade latino-americana de nações.”

**Para publicar na Revista de Direito Internacional, acesse o endereço eletrônico
www.rdi.uniceub.br ou www.brazilianjournal.org.
Observe as normas de publicação, para facilitar e agilizar o trabalho de edição.**